

## 刑訴判解

## 同意搜索有爭執時之舉證責任

100年度台上字第7112號判決

## 【實務選擇題】

目暮警官懷疑宮二涉嫌謀殺馬三，故欲以同意搜索進入宮二家搜尋宮二殺人之證據，試問下列述敘何者錯誤？

- (A) 目暮警官應在搜索前將宮二的同意記載在自願同意搜索書上，並請宮二簽名而不得事後補正。
- (B) 宮二得指定特定範圍，而目暮警官僅得於該特定範圍搜索。
- (C) 宮二事後若對目暮警官之搜索不服，可對目暮警官的同意搜索行為，向法院提起準抗告救濟之。
- (D) 即使宮二簽了自願同意搜索書，但若在審判中爭執該同意的真實性，仍需由檢察官舉證當下該同意的真實性。

**答案**：C

## 【裁判要旨】

一、刑事訴訟法第四十三條之一增訂檢察事務官、司法警察官、司法警察行搜索、扣押時，準用同法第四十二條搜索、扣押筆錄之製作規定，係民國九十二年二月六日公布，九月一日施行，而第一百三十一條之一規定之自願性同意搜索，則是九十年一月十二日公布，七月一日施行，該條但書所定「但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」之程序性規範要件，依立法時程之先後順序，立法者顯然無意將此之筆錄指為第四十二條之搜索、扣押筆錄。因此，現行偵查實務通常將「自願同意搜索筆錄（或稱為自願受搜索同意書）」與「搜索、扣押筆錄」二者，分別規定，供執行搜索人員使用。前者係自願性同意搜索之生效要件，故執行人員應於執行搜索場所，當場出示證件，先查明受搜索人有無同意權限，同時將其同意之意旨記載於筆錄（書面）後，始得據以執行搜索，此之筆錄（書面）祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正。至於後者筆錄之製作，則係在搜索、扣押完成之後，此觀第四十二條規定應記載搜索完成時間及搜索結果與扣押物品名目等旨甚明。

二、受搜索人對其簽署自願受搜索之同意書面有所爭執，攸關是否出於自願性同意

之判斷及搜索所取得之證據有無證據能力之認定，法院自應深入調查，非可僅憑負責偵訊或搜索人員已證述非事後補簽同意書面，即駁回此項調查證據之聲請。該項證據如係檢察官提出者，依刑事訴訟法第一百五十六條第三項之相同法理，法院應命檢察官就該自願性同意搜索之生效要件，指出證明之方法。

### 【裁判分析】

- 一、「同意」此議題普遍存在各類型強制處分中，因此可放大到整個強制處分的同意放棄來觀察，林鈺雄教授認為對此議題，應先以強制處分的類型做分類，排除不可以同意為正當化基礎的強制處分，如羈押；接著對於其他類型強制處分，要求國家機關踐行一定程序後，始能主張其取得係出於合法同意，例如課與國家告知法益所有人可拒絕之告知義務、或擬訂書面之同意表格以為證明。而若未踐行此種程序者，原則上應推定屬未經同意之強制處分，必須由檢警提出反證始得推翻該推定。
- 二、另王兆鵬教授則將重點置於自願性的判斷，認為其需綜合現場一切情狀判斷之，如：執法人員之詢問是否具有威脅性、同意者本身之客觀環境或智識等條件。而此自願性同意應由檢方以優勢證據之強度證明；並指出應落實證據排除法則，以表裡如一保護人民權益。對於被告之偵訊和搜索，其認為常發生之原因及情境不同、取得之證據性質也常不相同，故無必要將刑事訴訟法（本法）第95條之告知義務類推至同意搜索中。若執法人員未說明搜索之真正原因取得之同意，例如告知人民要搜索殺人罪之證據，實際上卻是欲取得竊盜之贓物，美國法上之多數見解認為此仍為自願性同意，但亦有反對說，不過若警方是謊稱瓦斯漏氣要進入協助，一般認為皆屬非自願性同意。
- 三、為確保受搜索人出於自願性同意，本法第131-1條之但書規定要將人民同意之意旨，以簽名或書面意見表示同意之事，記載在「自願同意搜索筆錄（或稱為自願受搜索同意書）」中。又同意人可隨時撤回其同意，並指定檢警可搜索之範圍，以尊重人民意願。
- 四、搜索本屬法官保留之強制處分，今檢警適用同意搜索時，除事前未經法官審核外，可能也不具備其他無令狀搜索的要件，其對於此基本權干預之正當化，完全取決於人民自身的同意，本文認為正是基於此點，本判決才會認為該同意筆錄需於當場做成，不可事後補正，和搜索、扣押之筆錄本質上可在事後製作不同。又即使有書面的同意搜索筆錄，然被告若對於自願性同意的真實性若有爭執，舉證責任仍在檢方身上，亦符合學界看法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

五、同意搜索之事後救濟，並無本法第131條第3項之事後陳報審查之規定，而針對檢察官或檢察官指揮司法警察之同意搜索，被搜索人只得依本法第416條之準抗告救濟之；而針對司法警察自行為之同意搜索，由於現行法規並無得準用準抗告之規定，故受搜索人只能於審判中向法官表明爭執，若法官認為該同意搜索不合法時，台灣高等法院90年第1次刑事庭會議決議認為，似可類推適用本法第416條2項立法理由，認定扣押之物違反程序正義，不得作為證據。

**【關鍵字】**

同意搜索、自願性同意、舉證責任、強制處分、告知義務。

**【相關法條】**

刑事訴訟法第42、43之1、131之1、156條3項。

**【參考文獻】**

1. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，2012年，頁197-207。
2. 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，2010年9月，6版，頁415-420。
3. 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，2011年，頁316-319。

**【高點法律專班】**

版權所有，重製必究！